

# TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

FUNDED BY THE EUROPEAN RESEARCH COUNCIL

Publikation im Rahmen des ERC Projektes

**TRANSNATIONAL FORCE OF LAW**

unter der Leitung von Andreas Fischer-Lescano

Weitere Informationen zum Projekt finden Sie  
unter: [www.tfl.uni-bremen.de](http://www.tfl.uni-bremen.de)

This project has received funding from  
the European Research Council (ERC)  
under the European Union's Horizon  
2020 research and innovation  
programme (ERC-2014-CoG, No.  
647313-Tansnational Force of Law,  
Andreas Fischer-Lescano)



**European Research Council**

Established by the European Commission

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW (gefördert durch den European Research Council)  
Universität Bremen — Zentrum für Europäische Rechtspolitik  
Büro: Mar Escudero Morón • Telefon +49(0)421 218-66 201 • Fax +49(0)421 218-66 230  
Universitätsallee GW1 • 28359 Bremen

[www.tfl.uni-bremen.de](http://www.tfl.uni-bremen.de)

# Fall #1: Digitales Panoptikum

von Andreas Fischer-Lescano

*UN Human Rights Committee (CCPR), Bemerkungen vom 26.03.2014 zum Bericht der USA  
CCPR/C/SR/3061 – NSA Überwachung*

Digitale Überwachung | Demokratische Kontrolle | Schutz von Whistleblowern | Recht auf Verschlüsselung

| **LEITSATZ HRC** | Der Vertragsstaat sollte: (a) alle notwendigen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass seine Überwachungsaktivitäten, sowohl inner- als auch außerhalb der Vereinigten Staaten, seinen Verpflichtungen aus dem Abkommen entsprechen, einschl. Art. 17; speziell sollten Maßnahmen ergriffen werden, die sicherstellen, dass jegliche Beeinträchtigung des Rechts auf Privatsphäre mit den Grundsätzen von Rechtmäßigkeit, Proportionalität und Notwendigkeit vereinbar ist, unabhängig von der Nationalität oder dem Aufenthaltsort der Personen, deren Kommunikation überwacht wird; (b) sicherstellen, dass jegliche Beeinträchtigung des Rechts auf Privatsphäre, Familie, Wohnung oder Schriftverkehr durch Gesetze geregelt ist [...]; (c) das derzeitige Kontrollsystem hinsichtlich der Überwachungsaktivitäten reformieren, um seine Wirksamkeit sicherzustellen, u.a. durch gerichtliche Einbindung bei der Genehmigung oder Kontrolle von Überwachungsmaßnahmen und durch die Einrichtung eines starken und unabhängigen Kontrollmandats zur Verhinderung von Missbrauch; (d) davon absehen, eine Vorratsdatenspeicherung durch Dritte einzuführen; (e) sicherstellen, dass den betroffenen Personen im Falle von Missbrauch wirksame Rechtsmittel zur Verfügung stehen.

| **SOZIOLOGISCHER LEITSATZ** | Die Vertragspartei sollte (a) sicherstellen, dass die Grundsätze des Gesetzes und Richtervorbehaltes sowie der Angemessenheit unabhängig von Nationalität und Aufenthaltsort der Betroffenen bei der Durchführung von Überwachungen beachtet werden; (b) garantieren, dass auch nichtstaatliche Überwachungstätigkeiten diesen Anforderungen unterliegen, da auch den expansiven Tendenzen gesellschaftlicher Kommunikationsmedien durch systemische Selbstbegrenzungsverfahren zu begegnen ist; (c) Maßnahmen ergreifen, um nichtstaatliche Akteure umfassend an Menschenrechte und demokratische Kontrollmechanismen zu binden; (d) gewährleisten, dass effektiver gerichtlicher Rechtsschutz eröffnet wird sowie (e) dafür Sorge tragen, dass die Verschlüsselung digitaler Kommunikation und das Whistleblowing rechtlich geschützt werden.

| **SACHVERHALT** | Global vernetzte Überwachungsapparate durchleuchten die weltweiten Kommunikationsstrukturen. Keine SMS, keine Facebook-Kommunikation, keine Google-Suchanfrage, keine Kreditkartenoperation und keine Mail, die nicht potenziell gespeichert und in ein Netz von Metadaten zur weiteren Auswertung eingespeist wird. Die Analysen zum NSA-Komplex haben die grenzüberschreitenden Vernetzungen der staatlichen Sicherheitsdienste offen gelegt. Die staatlichen Dienste kooperieren aber nicht allein untereinander. Auch internationale Organisationen wie die NATO und private Akteure sind in das Netzwerk der transnationalen Sicherheitsapparate eingebunden. Facebook, Yahoo, Google, Microsoft u.a. arbeiten intensiv mit den staatlichen Sicherheitsorganen zusammen. Letztlich sind die nichtstaatlichen Akteure aber nicht nur via Public Private Partnerships in die Überwachung eingebunden. Die Funktionsbereiche und die sich in ihnen bewegenden Akteure leisten vielmehr je einen eigenen Beitrag zur globalen Überwachung. Sie

verfolgen durch das Sammeln sensibler Daten funktionssystemspezifische Interessen. So ist in der Wirtschaft nicht Sicherheits-, sondern Konsummaximierung das Ziel. Auf den verschiedenen Ebenen der Wertschöpfungskette im Bereich der Informations- und Kommunikations-Infrastruktur haben Wirtschaftsunternehmen wie Google, Apple u.a. Zugriff auf Daten. Sie werten diese im Rahmen ihrer Geschäftsmodelle aus und verkaufen sie gegen Entgelt. Auch andere Funktionssysteme nehmen Zugriff auf die digitalen Kommunikationsräume und werten die Daten ohne Zustimmung der Nutzerinnen und Nutzer aus.

## | BEMERKUNGEN | \*

[1] Die Vertragsstaaten des UN-Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt) haben sich in dessen Art. 40 zur Abgabe regelmäßiger Berichte über die Maßnahmen, die sie zur Verwirklichung der im Zivilpakt anerkannten Rechte getroffen haben, verpflichtet. Der Ausschuss bewertet nach Art. 40 Abs. 4 UN-Zivilpakt diese Berichte und macht hierzu Bemerkungen, wie die Menschenrechtslage ggf. verbessert werden kann. Der Ausschuss hat den Vierten Bericht der USA auf seinen Sitzungen am 13. und 14. März 2014 geprüft. Nach seiner 3061. Sitzung (CCPR/C/SR/3061), abgehalten am 26. März 2014, nimmt der Ausschuss die folgenden abschließenden Bemerkungen an:

### A. Exterritoriale Anwendbarkeit des UN-Zivilpaktes

[2] Der UN-Zivilpakt kommt im Hinblick auf digitale Überwachungsmaßnahmen zur Anwendung. Dem steht nicht entgegen, dass die Eingriffswirkung der Überwachungsmaßnahmen regelmäßig nicht auf dem Territorium des überwachenden Staates, sondern potenziell weltweit entsteht. Nach Art. 2 Abs. 1 des UN-Zivilpaktes muss der jeweilige Mitgliedsstaat die im UN-Zivilpakt anerkannten Rechte „allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Hoheitsgewalt unterstehenden Personen“ zukommen lassen. Die beiden Kriterien sind nicht kumulativ, sondern alternativ zu verstehen. Die Ausübung von Hoheitsgewalt – in der verbindlichen englischen Sprachfassung des UN-Zivilpaktes „*jurisdiction*“ – führt also auch dann zur Anwendung des UN-Zivilpaktes, wenn die Personen nicht auf dem Territorium des Mitgliedsstaates anwesend sind.

[3] Die Ausübung von Hoheitsgewalt ist davon abhängig, dass die betreffende Person „*within the power or effective control*“ des jeweiligen Staates steht (HRC, General Comment Nr. 31, 29. März 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Ziff. 10). Das findet in der Rechtsprechung des EGMR zu dieser Frage eine Parallele. In seinem Al Skeini-Urteil, in dem es um die extritoriale Anwendbarkeit der EMRK ging, hat der EGMR eine Konkretisierung der *effective control* unternommen, die auch für die extritoriale Anwendbarkeit des Zivilpaktes im Hinblick auf Überwachungsmaßnahmen Orientierung bieten kann (EGMR, 07. Juli 2011, Al-Skeini v. UK, 55721/07, Ziff. 133ff). In deren Konsequenz sind Überwachungsmaßnahmen als eine Form

---

\* Der Text ersetzt die auf die globalen Überwachungsmaßnahmen bezogenen Bemerkungen des UN-Menschenrechtsausschusses (HRC) zum Vierten Bericht der USA (CCPR/C/SR/3061, 110. Sitzung, 26.3.2014, Ziff. 22) durch meine eigenen Bemerkungen (im Anschluss an JZ 69 (2014), 965-974, dort m.w.N.).

virtueller Kontrolle zu qualifizieren, die im Hinblick auf die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Zivilpaktes der physischen Kontrolle gleichzusetzen ist. Daher kommt hinsichtlich der Überwachungsmaßnahmen der UN-Zivilpakt zur Anwendung – und zwar sowohl für Maßnahmen innerhalb als auch außerhalb der Territorien der jeweiligen Vertragspartei. Die Bindung ist unabhängig von der Nationalität und dem Aufenthaltsort der Betroffenen.

## **B. Schutz vor Überwachung nach dem UN-Zivilpakt**

[4] Die Überwachungsmaßnahmen sind nicht mit Art. 17 des UN-Zivilpaktes, nach dessen Abs. 1 niemand „willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr“ ausgesetzt werden darf, vereinbar.

### **I. Staatliche Maßnahmen und Art. 17 des UN-Zivilpaktes**

[5] Art. 17 UN-Zivilpakt zielt nicht nur auf den Schutz des Schriftverkehrs. Die verbindliche englische Fassung des Vertrages spricht von „*correspondence*“ und differenziert nicht zwischen schriftlicher, mündlicher, elektronischer, visueller, haptischer oder sonstiger Korrespondenz. Art. 17 des Zivilpaktes gewährleistet die Integrität und Vertraulichkeit aller Kommunikationswege – Telefon, Fax, Mail, Schriftverkehr etc. – vor Überwachung (HRC, General Comment Nr. 16, 08. April 1988, HRI/GEN/1/Rev.9, Ziff. 8). Hierbei schützt Art. 17 vor „willkürlichen oder rechtswidrigen“ Eingriffen durch die Mitgliedstaaten. Selbst Eingriffe, die auf einem nationalen Gesetz beruhen, dürfen nicht willkürlich sein, müssen also angemessen sein. Das bedeutet im Hinblick auf staatliche Überwachungsmaßnahmen insbesondere, dass diese (a) die Grundsätze der Legalität, des Gesetzesvorbehaltes, der Verhältnismäßigkeit und der Notwendigkeit unabhängig von Nationalität und Aufenthaltsort der Betroffenen beachten müssen, (b) nur auf der Grundlage präziser Vorgaben, die die Maßnahmen inhaltlich und zeitlich beschränken sowie Autorisierungsverfahren und Verfahrensvorgaben für die Nutzung und Speicherung vorhandener Daten regeln, erfolgen dürfen, (c) nur unter Beachtung des Richtervorbehalts und nach Einführung wirksamer Monitoringmaßnahmen gestattet sind, (d) keine Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung durch Dritte beinhalten dürfen und (e) nur dann statthaft sind, wenn effektive Rechtsmittelverfahren eingerichtet wurden.

[6] Diesen Vorgaben entspricht die Praxis der USA und vieler anderer Nationalstaaten nicht. Die zeitlichen und inhaltlichen Beschränkungen, die bspw. der FISA vorsieht, sind zu unbestimmt. Die Ungleichbehandlung nach Staatsangehörigkeit ist rechtswidrig; das gilt auch für die Differenzierung nach dem Aufenthaltsort der Betroffenen. Der Richtervorbehalt ist wirkungslos. Effektive Rechtsmittel gegen Missbrauch sind nicht vorhanden.

## **II. Systemschutz**

[7] In dieser staatsgerichteten Abwehrfunktion erschöpft sich der Gehalt des Art. 17 UN-Zivilpakt aber nicht. Das wäre angesichts der Herausforderung der transnationalen Konstellation unbefriedigend. In dieser resultiert das Regelungsbedürfnis im Hinblick auf menschenrechtlich relevante Sachverhalte nicht lediglich wie in der Lage des klassischen

Konstitutionalismus ausschließlich daher, dass individuelle Rechtssubjekte in ihren Freiheitsbereichen gegen die Übergriffe staatlicher, supranationaler oder weltstaatlicher Politiksysteme zu verteidigen sind. Die grenzüberschreitenden Herausforderungen haben ihren Ursprung vielmehr in weltgesellschaftlichen Strukturkonflikten, die deshalb nicht allein Individuen betreffen. Auf die Fragen des Grundrechtsschutzes und der Demokratie müssen in der transnationalen Konstellation Antworten gefunden werden, die die etatistischen und rechtssubjektivistischen Reduktionismen überwinden.

[8] Der Schutz der Integrität und der Verlässlichkeit von Kommunikationssystemen ist hierbei eine grundrechtliche Frage, die die Autonomie kommunikativer Prozesse betrifft. Der grundrechtliche Schutz kommunikativer Sphären, wie er in Art. 17 UN-Zivilpakt gewährleistet ist, zielt auch auf die Gewährleistung institutioneller Autonomien und die Ermöglichung personeller Entfaltungsräume im Rahmen dieser Autonomien. Gerade im Hinblick auf die im Rahmen der Überwachungsmaßnahmen besonders betroffene Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist es hierbei nötig, den grundrechtlichen Schutzzweck der betroffenen Freiheitsrechte vom Individualbezug abzukoppeln. Das subjektive Recht ist nicht mehr Ausgang der Schutzzweckentwicklung, sondern hat in dieser Lage eine prozessuale Durchsetzungsfunktion: Rechtspersonen werden zu Sachwaltern inpersonalen Rechte, die nicht nur im materiellen, sondern auch im prozessualen Sinne Subjektivberechtigung verleihen. Das subjektive Recht wird zum Annex des inpersonalen Grundrechts (vgl. BVerfGE 120, 274ff): „Kommunikationsschutz ist im Bereich globaler Kommunikationsstrukturen in erster Linie auf Systemschutz angewiesen“ (Hoffmann-Riem, Globaler Auftrag, FAZ 25. Juni 2014).

[9] Beim Schutz vor Überwachungsmaßnahmen geht es demnach auch darum, autonome gesellschaftliche Kommunikationsprozesse vor der Usurpation durch andere gesellschaftliche Kommunikationsprozesse zu schützen. Das bedarf einer komplexeren Konzeption von Grundrechten, die Schutzbereiche und Beeinträchtigungslagen nicht länger ins Schema privat/gesellschaftlich vs. öffentlich/staatlich presst, sondern die Transformationen im Verhältnis von privat und öffentlich reflektiert. Die Herausforderung besteht gerade nicht allein darin, nationalstaatliche Sicherheitsorganisationen oder globale Sicherheitsapparate auf die Grundrechte zu verpflichten. Vielmehr geht es in einem umfassenderen Sinn „darum, ganz andere gesellschaftliche Energien, besonders sichtbar in der Wirtschaft, aber auch in Wissenschaft und Technologie, in der Medizin und in den neuen Medien, freizusetzen und diese in ihren destruktiven Auswirkungen wirksam zu beschränken“ (Teubner, Verfassungsfragmente, 2012, 11). Anders ausgedrückt: Das Internet muss in den Grenzverhältnissen zu globalen Funktionsbereichen wie der Politik, der Wissenschaft, der Ökonomie etc. vor diesen Bereichen geschützt werden. Die Internetverfassung muss aber auch *vice versa* ebendiese Bereiche vor Übergriffen durch die Internetkommunikation schützen. Auch die „Privatsphäre“ der Internetkommunikation erhält damit eine öffentliche Funktion und wird auf eine Öffentlichkeit hin verpflichtet. Das Öffentliche der Sphäre der Internetkommunikation ist ihre intrinsische Normativität im Verhältnis zur Gesellschaft, zu den Menschen und zur Ökologie. Privat/Öffentlich ist so kein Schema der Unterscheidung

zwischen privaten Rechtssubjekten und öffentlicher Staatlichkeit, sondern verweist in der polykontexturalen Gesellschaft darauf, dass die (private) Integrität autonomer gesellschaftlicher Sphären mit dem (öffentlichen) weltgesellschaftlichen Kontext dergestalt verknüpft werden muss, dass eine Sphäre die Freiheit der anderen Sphäre ermöglicht (Teubner, 21 Finnish Yearbook of International Law (2010) 1, 3f). Freiheit ist die Freiheit der anderen: Verfassung ist ein Abhängigkeitsmechanismus. Sie bindet gesellschaftliche Autonomiebereiche konstitutiv aneinander. Damit stehen nicht allein staatliche und parastaatliche Hoheitsakte unter Rechtfertigungszwang. Die Herausforderung ist vielmehr, polyzentrische Gesellschaftsbereiche in ihren destruktiven Tendenzen einzudämmen. Das öffnet den Blick auf Phänomene öffentlicher Gewalt, die jenseits der traditionellen Regelungsformen des klassischen Völkerrechts stehen.

[10] Dabei gilt es, die holzschnittartige Fragestellung exklusiver Grundrechtsverpflichtung bzw. -berechtigung zu überwinden. Stattdessen sind komplexitätsadäquate Strukturen zu entwickeln, die den expansiven Tendenzen gesellschaftlicher Kommunikationsmedien jeweils sachgerecht durch Organisation und Stärkung von Selbstbegrenzungsverfahren begegnen (Hensel/Teubner, 47 Kritische Justiz (2014) 150). Das betrifft die gesellschaftsschädigenden Auswirkungen einer entfesselten Weltwirtschaft genauso wie die gefährlichen Eigenrationalitätsmaximierungen des Gesundheitssystems, des Rechts, der Religion, der Wissenschaft und der Medien. Von den responsiven Organisationspflichten ist kein Sektor der Weltgesellschaft ausgenommen (Vieldechner, Transnationalisierung des Rechts, 2013, 265ff). Man darf allerdings nicht durch einfache Analogie die auf staatliche Gefährdungen gemünzte Grundrechtsverpflichtung eins zu eins und ohne dogmatische Anpassungen auf nichtstaatliche Akteure von Google bis Facebook übertragen. Das wäre ein zu direkter Transfer ursprünglich staatsgerichteter Grundrechte in andere Gesellschaftssphären. Vielmehr geht es darum, aus dem jeweiligen Sachbereich heraus Verfahrenslösungen zu entwickeln, die staatliche und nichtstaatliche Akteure jeweils nach ihrer Façon auf die Organisation des Grundrechtsschutzes verpflichten.

## **1. Horizontale Grundrechtsbindung**

[11] Ansätze zu einer Horizontalwirkung der Grundrechte gibt es in der Völkerrechtspraxis durchaus. So entspricht es der Spruchpraxis des Ausschusses, dass die Rechte aus Art. 17 des UN-Zivilpaktes unabhängig davon zu garantieren sind, „*whether they emanate from State authorities or from natural or legal persons*“ (HRC, General Comment Nr. 16, 08. April 1988, HRI/GEN/1/Rev.9, Ziff. 1). Und auch der Sonderbeauftragte zum Recht auf Meinungsfreiheit Frank La Rue hat, anknüpfend an die Pflichtentrias (*protect, respect & remedy*) aus dem Ruggie-Report (Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights, A/HRC/11/13, 22. April 2009), die Pflichten des Privatsektors bei der Einhaltung von Datenschutzbestimmungen betont (Report des Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, 17. April 2013, UN-Dok. A/HRC/23/40, Ziff. 72 bis 77).

[12] Im Fall der globalen Überwachungsmaßnahmen wird die nichtstaatliche Dimension insbesondere in den Haftungsfreistellungen, die der FISA für den Fall der Einbeziehung Privater in Überwachungsmaßnahmen vorsieht und die eine Verletzung der grundrechtlichen Schutzpflicht darstellen, sowie den extritorial wirkenden Herausgabepflichten, die trotz wohlmeinender Safe Harbor-Vereinbarungen auch gegen US-Unternehmen in Europa durchgesetzt werden, sichtbar. Hier können zwar auch staatsgerichtete Schutzpflichtkonzepte noch ansetzen. Schwieriger wird dies bei Maßnahmen jenseits der Staatlichkeit, bei denen diese Mediatisierung nicht möglich ist. Für die Konkretisierung der in diesem Zusammenhang bestehenden genuin horizontalen Grund- und Menschenrechtsbindung bieten die unternehmensbezogenen *due diligence*-Pflichten, die der Ruggie-Report entwickelt hat, eine wichtige Orientierungshilfe. Für die Entwicklung des rechtlichen Handlungsrahmens Privater ist ferner anzuschließen an ein Netz transnationaler Codices – von den zehn universellen Prinzipien des *United Nations Global Compact* über die *G3-Guidelines* der *Global Reporting Initiative*, die *ISO 26000 on Social Responsibility* der Internationalen Standardisierungsorganisation, die Deklaration zu den Kernarbeitsnormen der ILO bis zu den *OECD-Guidelines* für multinationale Unternehmen. All diese Texte und Initiativen unternehmen den Versuch, die privaten Akteure auf die Beachtung der Grund- und Menschenrechte zu verpflichten. Und auch inter- und transnationale Schiedsgerichte im Bereich der *lex digitalis publica* verpflichten private Akteure auf einzelne Grund- und Menschenrechte. Schließlich hat auch der EuGH in seiner pragmatischen Weise, mit der er über die allgemeinen Rechtsgrundsätze auch nichtstaatliche Akteure an die Grundrechte bindet, in seinem „Google Spain“-Urteil die unmittelbare Bindung von Google an die Europäische Grundrechtecharta festgestellt und dem Unternehmen aufgegeben sicherzustellen, dass seine Tätigkeit den menschenrechtlichen Anforderungen entspricht, damit „ein wirksamer und umfassender Schutz der betroffenen Personen, insbesondere ihres Rechts auf Achtung ihres Privatlebens, tatsächlich verwirklicht werden kann“ (EuGH, Urteil v. 13. Mai 2014, Rs. C-131/12 – „Google Spain“, Ziff. 38).

## 2. Demokratische Kontrollverfahren

[13] Die Verfassungsfragen der transnationalen Konstellation kann man schließlich nicht lediglich dadurch beantworten, dass man das Netz partialdemokratischer Legitimation über die Nationalstaaten enger spannt. Vielmehr müssen in den polyzentrischen Ordnungsmustern selbst die Grundsätze der Demokratie und der öffentlichen Kontrolle im Hinblick auf die Eigennormativitätsstrukturen verankert und ggf. rechtlich durchgesetzt werden. Das betrifft beispielsweise die Datenschutzstandards von Google, aber auch die Praxis von Wikileaks, das die in der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte niedergelegten Rechte anerkannt und ein „*harm minimisation procedure*“ entwickelt hat. Letzteres soll die Löschung von Informationen für den Fall vorsehen, dass „*life and limb of innocent people*“ geschützt werden müssen (Wikileaks, Standard Operating Procedures, Ziff. 1, abrufbar unter: <https://wikileaks.org/About.html>).

[14] Gerade in dieser ultrazyklischen Verknüpfung privat gesetzter Standards mit völkerrechtlichen Kodifikationsarbeiten liegt ein unausgeschöpftes Potenzial für die Entfaltung von gesellschaftlichen Konstitutionalisierungsprozessen. Dafür ist es aber nötig, reflexive Prozesse und Verfahren zu institutionalisieren, die für die Setzung, Modifizierung, Interpretation und Implementation der primären Normierungen zuständig sind. Kontroll- und Implementationsorgane sind einzurichten, die die Aufgabe haben, zwischen den abstrakten Unternehmensgrundsätzen und den konkreten Unternehmensentscheidungen zu vermitteln (Teubner, in: FS Klaus Hopt, 2010, 1449, 1457).

[15] Solche Verfahren bilden sich nicht von selbst. Es bedarf externen und internen Drucks und ggf. auch gerichtlicher Kontrolle, damit *Codes of Conduct* mehr sind als *Public Relations*-Strategien, damit eine *Safe Harbor*-Initiative wie die der EU nicht als *Merchandising*-Instrument endet. Eine Stärkung von Selbstkontrollverfahren kann einerseits dadurch erzielt werden, dass durch politische Regulierung institutionalisierte Formen der Selbstregulierung eingeführt werden: Eine solchermaßen fremdregulierte Selbstregulierung unterscheidet sich von Formen der Deregulierung dadurch, dass auf Kontrolle nicht über *laissez faire* verzichtet wird, sondern dass verbindliche und auch gerichtsförmige Kontrollmechanismen eingeführt werden, die organisationsinterne und -externe Überprüfungsinstanzen verknüpfen.

[16] Auch hier sind bereits Ansätze entwickelt, an die eine völkerrechtliche Regulierung anschließen kann. Das betrifft zum einen die Stärkung der Transparenz durch die Einführung von auf menschenrechtliche Sachverhalte zielenden Berichtspflichten für Unternehmen und zum anderen die Verpflichtung zur Einführung von *Corporate Social Responsibility*-Institutionen. Erst wenn diese auf die Kooperation mit politisch eingesetzten Institutionen – Strafverfahrens- und Verwaltungsbehörden, nationalen Gerichten, nationalen und internationalen Menschenrechtsinstitutionen – verpflichtet werden, kann ein Netzwerk rechtlicher Kontrolle entstehen, in dem Rechtsnormen wirksam werden. Es gilt hier, den Wildwuchs der asymmetrischen Judizialisierung zu korrigieren. In dessen Folge können Private und transnationale Unternehmen zwar als Kläger vor zahlreichen internationalen Foren – insbesondere den Investitionsschiedsgerichten – ihre Interessen gerichtlich durchsetzen. Aus strukturellen Gründen ist es aber bislang ausgeschlossen, dass diese Akteure sich vor den Foren der Weltgerichtsbarkeit auf der Beklagtenseite wiederfinden. Die partielle Völkerrechtssubjektivität führt hier im Ergebnis dazu, dass transnationale Unternehmen zwar durch das Völkerrecht unmittelbar berechtigt, aber nicht hinreichend effektiv verpflichtet werden. Erst wenn diese Lücken durch die Kombination von internen und externen Kontrollmöglichkeiten geschlossen sind, kann eine Juridifizierung entstehen, die es ermöglicht, die Versprechungen der *Codes of Conduct* und der *Corporate Social Responsibility*-Initiativen auch rechtlich durchzusetzen.

### **3. Schutz des Whistleblowing**

[17] Neben der Effektuierung von Kontroll- und Partizipationsmöglichkeiten, die die Ebenen der Organisation mit den gesellschaftlichen Institutionen verknüpfen, müssen auch die



gesellschaftlichen Voraussetzungen für die Bildung demokratischer Öffentlichkeit und die Möglichkeit der individuellen Einziehung von Sichtbarkeithemmnissen abgesichert werden. Das bedeutet auch, dass der Schutz von Whistleblowern vor strafrechtlicher Verfolgung dringlich ist. Whistleblowing ist ein zentraler Mechanismus für die Schaffung kritischer Öffentlichkeit und über Art. 19 des UN-Zivilpaktes geschützt. Diesen Schutz gilt es auszubauen (Fischer-Lescano, in: Calliess (Hg.), Transnationales Recht, 2014, 435).

#### 4. Recht auf Verschlüsselung

[18] Doch die demokratische Frage erschöpft sich nicht in der Ermöglichung der gesellschaftlichen Thematisierung der Überwachung. Vielmehr gilt es darüber hinaus, einen Prozess der doppelten Reflexivität zu organisieren, um die gesellschaftliche Emanzipation vom panoptischen Schema zu ermöglichen. Die Funktion der Verfassung ergibt sich gerade daraus, dass durch sie reflexive Prozesse des Rechts mit den reflexiven Prozessen der Gesellschaft verknüpft werden: Die Politik wird durch eine politische Verfassung begrenzt und begründet, die Wirtschaft durch die Wirtschaftsverfassung etc. Es ist die Pointe der konstitutionellen Idee, dass durch die Verfassung, die zugleich rechtlich die Rechtsbildung regelt, gesellschaftliche Selbstlimitationskräfte freigesetzt werden. Wie das für die Internetverfassung umgesetzt werden kann, hat Edward Snowden angedeutet, indem er in der Antwort von Thomas Jefferson auf die Frage politischer Macht die Idee der „Machtbegrenzung durch Verfassung“ durch „Machtbegrenzung durch Verschlüsselung“ ersetzt: *„While I pray that public awareness and debate will lead to reform, bear in mind that the policies of men change in time, and even the Constitution is subverted when the appetites of power demand it. In words from history: Let us speak no more of faith in man, but bind him down from mischief by the chains of cryptography”* (Snowden zitiert nach Friedersdorf, Edward Snowden's Other Motive for Leaking, The Atlantic 13. Mai 2014).

Anders als Snowden es konzipiert, stehen Verfassung und Verschlüsselung allerdings nicht in einem Exklusivitätsverhältnis. Vielmehr muss die rechtliche Einräumung der Möglichkeit der Verschlüsselung ein zentrales Element der Internetverfassung bilden. In der reflexiven Anwendung des digitalen Codes auf sich selbst und dessen Verknüpfung mit dem verfassungsförmigen Recht, diese Verschlüsselung rechtlich geschützt durchführen zu können, entwickelt sich die kapillare Verfassung der Internetkommunikation. Diese Konstitutionalisierung impliziert „eine voraussetzungsvolle Verflechtung von Sozial- und Rechtsprozessen auf der Meta-Ebene des Internet: Nicht die Informationsprozesse selbst, sondern ihre Steuerungsarchitektur – der berühmte „digitale Code“ [...] – bildet die Verfassung des Internet, aber nicht schon dieser allein, sondern erst dessen Zusammenspiel mit Rechtsnormen, die ihrerseits nicht primäre, verhaltenssteuernde Normen, sondern sekundäre Normen, Normen höheren Ranges, sind“ (Teubner, ZfRSoz 2011, 189).

[19] Das Grundrecht auf Verschlüsselung und auf freie Auswahl der Verschlüsselungsmethoden ist eine Ausprägung des Rechts auf Privatheit. Es muss auch vor Verfolgung schützen, die ihren Ausgang in der Nutzung von Verschlüsselungstechnologien

nimmt. Das Recht, sich der Überwachung zu widersetzen, ergänzt die Begrenzungsnormen um ein Recht auf digitale Selbstverteidigung. In der Leistungsdimension führt dies zu einer – Staaten und ggf. auch Unternehmen betreffenden – Verpflichtung, die Nutzungsmöglichkeiten der Verschlüsselungstechnologie zu fördern. Die durch Art. 17 des UN-Zivilpaktes geschützte Verschlüsselung modifiziert das panoptische Schema selbst und ermöglicht das Unsichtbarmachen der Kommunikation. Sie ist Teil einer Strategie der Einziehung von Brüchen, Sichtschutzmaßnahmen und -sperrern durch die *Chains of Social Constitutions*, die Selbstbegrenzungsverfahren sozialer Systeme rechtlich abstützen.

### **C. Fazit: Freisetzung und Begrenzung sozialer Energien**

[20] Letztlich lassen sich die Freiheitssicherungen in der transnationalen Konstellation nur durch eine Kombination von konstitutioneller Begrenzung und Sichtbarkeitsbrechung wirkungsvoll installieren; nur so lässt sich die Architektur des transnationalen Panoptikums (hierzu Backer, in: 15 *Indiana Journal of Global Legal Studies* (2008) 101; Simonsen, *Global Panopticism*, in: Dahlberg (Hg.), *Visualizing Law and Authority*, 2012, 232) selbst verändern; nur so dringt man zum Kern des Problems vor: dass die subtilen Mechanismen gesellschaftlicher Energien (hier der Internetkommunikation) zugleich freigesetzt und in ihren schädigenden Auswirkungen begrenzt werden müssen.

#### **| VERTIEFENDE LITERATUR |**

Backer, *Global Panopticism: States, Corporations, and the Governance Effects of Monitoring Regimes*, 15 *Indiana Journal of Global Legal Studies* (2008) 101 | Fischer-Lescano, *Soziologische Rechtsästhetik*, in: 11 *Nach Feierabend, Zürcher Jahrbuch für Wissensgeschichte: Wissen, was Recht ist* (2015), 31 | Hensel/Teubner, *Matrix Reloaded. Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias*, 47 *Kritische Justiz* (2014) 150 | Teubner, *Societal Constitutionalism and the Politics of the Common*, 21 *Finnish Yearbook of International Law* (2010) 111 | Teubner, *Verfassungsfragmente*, 2012